

Capítulo 5

Planificación fiscal de la sucesión de la Empresa Familiar

M^a Gabriela Lagos Rodríguez

Universidad de Castilla – La Mancha

gabriela.lagos@uclm.es

Doi: <http://dx.doi.org/10.3926/oms.11>

1. Introducción

Este trabajo se centra en el análisis de una de las fases más importantes y delicadas para una Empresa Familiar: su transmisión o transferencia de una generación a otra. El tema es uno de los más estudiados por las instituciones e investigadores de la Empresa Familiar de diferentes ámbitos, siempre bajo la premisa de tratar de identificar los factores que permiten llevar a cabo la sucesión con éxito. No obstante, la complejidad de la realidad de la Empresa Familiar dificulta un abordaje integral, que permita extraer las recomendaciones necesarias para asegurar una mayor supervivencia en las empresas familiares. Con frecuencia nos encontramos tratamientos parciales, que profundizan en las diferentes facetas desde las que puede ser analizada la Empresa Familiar, y se relega la complementariedad con otras que pueden contradecir o matizar las conclusiones obtenidas.

Conscientes de este problema, nos hemos planteado como objetivo de este capítulo poner de manifiesto la importancia de la planificación fiscal en el proceso de sucesión, desde el carácter instrumental de la fiscalidad respecto a los objetivos estratégicos de la empresa. Por tanto, el

resultado no será una propuesta genérica para la sucesión empresarial a partir del mero análisis de la fiscalidad, sino que, considerando las diferentes opciones que se pueden presentar en la sucesión, analizaremos cómo se pueden adaptar los instrumentos fiscales con el objetivo de facilitar el traspaso generacional y minorar su carga. Asimismo, presumimos que la opción elegida por el empresario será siempre la de dejar la propiedad de la empresa en manos de sus descendientes o parientes en general, de otro modo perdería su carácter familiar.

Aunque la forma de transmitir la empresa a otra generación será tomada en atención a condiciones diversas – de orden económico y familiar –, sí existe una preocupación manifiesta por los empresarios sobre el impacto de la tributación. El análisis del mejor trato fiscal debe ser previo a la decisión del empresario que hace nacer el hecho imponible, por tanto, tendremos que analizar las opciones fiscales que se presentan ante la sucesión empresarial, considerando el tratamiento de cada una de ellas. Dado que el gravamen de una venta en bloque de la empresa no es el mismo que el de su enajenación por acciones o el de su donación o entrega en herencia, es cierto que tenemos un campo de análisis que nos permitirá recomendar a cada empresario una opción u otra. En cualquier caso, esa recomendación no puede hacerse *a priori*, sin conocer la realidad económica y familiar del sujeto, por lo que varía de un caso a otro. Por esta razón, la planificación fiscal se ha considerado un ámbito más para la praxis que para la investigación teórica. Sin perjuicio de su vertiente práctica, no sólo el estudio normativo de las opciones fiscales es imprescindible, sino que sólo a través de éste podemos extraer las consecuencias que el sistema fiscal tiene sobre la sucesión empresarial y analizar sus implicaciones generales, en cuanto a la adecuación de la fiscalidad a los objetivos de las empresas familiares.

En este ámbito es en el que se adentra este capítulo, en concreto en la relación entre el propósito de continuidad que presumimos en las empresas familiares y el sistema fiscal que les es aplicable. El objetivo, por tanto, será establecer qué influencia ejerce el cuadro tributario al que se sujetan las empresas familiares y qué repercusión tendrá sobre la sucesión efectiva de la empresa.

Para ello revisaremos la realidad de la Empresa Familiar y de su sucesión, como contexto necesario en el que se inserta el ordenamiento fiscal. Es precisamente el estudio de esta realidad lo que nos permitirá establecer los objetivos a los que debe contribuir la regulación fiscal y poder valorar así su idoneidad o no. Comenzaremos por insertar el problema de la sucesión en el doble enfoque de la repercusión sobre la empresa y sobre la economía, destacando la importancia de estas empresas en las economías desarrolladas, en particular en la española, y la debilidad que presentan en la sucesión, pese a la cual, ésta no suele ser un proceso planificado.

En el tercer apartado abordaremos ya los aspectos fiscales de la planificación precisando cuál es el concepto fiscal que adoptamos, el de la economía de opción. Nos detendremos en algunos aspectos generales de la fiscalidad que permiten dar sentido al estudio pormenorizado de la normativa fiscal española que afecta a la sucesión de la Empresa Familiar. Aunque hemos señalado ya que la fiscalidad no debe ser el criterio básico para decidir cómo, cuándo y a quién transferir la empresa, es muy cierto que las diferencias fiscales pueden determinar esa decisión. Sin embargo, el mantenimiento de la neutralidad impositiva exige que los tributos no se conviertan en factores decisivos en la explicación del comportamiento de los agentes económicos. Sabemos que cuando esto ocurre se compromete la racionalidad de las decisiones y que el resultado más probable es que se perjudique o haga inviable la propia actividad

productiva. Tal vez esta exigencia justifica *per se* la inexistencia de un régimen fiscal propio para las empresas familiares, sin embargo, el ordenamiento tributario recoge referencias expresas a las empresas familiares en algunas figuras y el tratamiento específico para aquellas operaciones en las que intervienen parientes. Desde la importancia del régimen económico matrimonial en la afectación de bienes, a la incorporación como trabajadores o socios, al régimen de las denominadas operaciones vinculadas, hasta la sucesión, hay un variado elenco de temas que son objeto de tratamiento en cada figura tributaria que afecta a una Empresa Familiar. Si bien el objeto de este trabajo es la sucesión, también trataremos algunas de las cuestiones mencionadas en la medida en que condicionan la misma.

Por último, expondremos las conclusiones más relevantes referidas al tratamiento fiscal de la Empresa Familiar en España, en particular sobre la sucesión y el efecto de la descentralización de las competencias normativas en las Comunidades Autónomas sobre los impuestos que afectan a la misma.

2. La relevancia de la sucesión en la Empresa Familiar

Solemos utilizar la expresión “Empresa Familiar” para designar ciertas empresas que consideramos que presentan unas características comunes y distintivas frente al resto de empresas. En apoyo de esta consideración diferenciada están las estadísticas, que confirman que las empresas familiares constituyen un elemento fundamental en la actividad económica de cualquier país, si bien su presencia es más visible y significativa en los llamados países desarrollados (Spence & Rutherford, 2003). Así, en el ámbito de los países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), estas empresas representan el 99% de todos los negocios en la Unión Europea (UE) y el 66% del empleo total (Observatory of European SMEs, 2012). Los datos disponibles para España muestran que al menos el 65% del total de las empresas españolas son familiares, lo que supone en torno a unos dos millones y medio de empresas que generan aproximadamente el 65% del Producto Interior Bruto del país y dan empleo a más de nueve millones de trabajadores (Instituto de la Empresa Familiar, 2012). Su importancia se ve proyectada también en su creciente papel como impulsoras de nueva actividad empresarial, como destacan los estudios sobre emprendimiento, en los que es significativa la mayor predisposición a emprender de personas que son descendientes de empresarios o tienen en su entorno familiar y/o social alguna referencia empresarial.

Pese a la innegable importancia de este tipo de empresas, uno de los puntos más discutidos por investigadores e instituciones es qué empresa puede ser considerada como “familiar” y cuál no, de modo que podamos contar con una definición común y homologable internacionalmente de qué es una Empresa Familiar. Hasta fechas muy recientes no hemos tenido una definición de estas características, acuñada por las dos principales instituciones internacionales dedicadas a la Empresa Familiar. Dicha definición fue aprobada en Bruselas en la Asamblea General GEEF (Grupo Europeo de Empresas Familiares), celebrada el 27 de marzo del 2008, y en Milán por el International Board of the Family Business Network el 7 de abril del mismo año. Según estas dos entidades, podemos considerar Empresa Familiar aquella en la que concurren las siguientes características:

- La mayoría de votos debe estar en propiedad de la persona o familiares de ésta que fundó o adquirió el capital social de la empresa o del cónyuge o descendientes de estas personas.
- La mencionada mayoría de votos puede ser directa o indirecta.
- Se requiere que al menos un representante de la familia participe en la gestión de la empresa.
- Para el caso de compañías cotizadas se exige que cualquiera de las personas anteriores posean al menos el 25% de los derechos de voto generados por su participación en el capital social.

Un elemento definitorio, no recogido en el concepto anterior, pero sobre el que existe consenso en cuanto a su importancia en las empresas familiares, es el de ser una actividad orientada a pervivir generacionalmente, es decir, que uno de sus fines primordiales es la continuidad de la misma para los descendientes. Como objetivo estratégico de la empresa se pretende el mantenimiento del control de la propiedad por parte de una familia o grupo familiar, y, con frecuencia, también el gobierno y la gestión de la empresa. Se puede afirmar, por tanto, que las dos condiciones básicas para que una empresa sea considerada familiar son el control de la propiedad y la decisión de dar continuidad a la empresa mediante la transmisión del control de dicha propiedad a los descendientes.

Precisado el concepto de Empresa Familiar tenemos que constatar que pese al acuerdo existente en su definición económica, el tratamiento jurídico de la misma no la considera un sujeto diferenciado. Por tanto, nuestro Derecho, y en particular el tributario, no contemplan un trato diferente del previsto para cualquier otra empresa, pese a que sí recoge especificidades en los impuestos que la afectan, en particular sobre su sucesión.

La definición de este proceso ofrecida por Guinjoan y Llauradó (2000) resulta idónea para el objeto del tratamiento fiscal que aborda este artículo. Así, para estos autores, el proceso de sucesión es *un conjunto de acciones que tienen lugar en el marco de la Empresa Familiar durante algunos años, realizadas bajo el control del futuro sucedido, que desembocan, de forma programada y con las correcciones necesarias, en la sustitución del empresario al frente de la empresa por sucesor(es) de la misma familia*. Por tanto, el elemento de planificación es fundamental dado que exige un objetivo mantenido en el tiempo – el de la transferencia de la propiedad y control de la empresa – y una serie de decisiones conducentes a este fin. En este proceso planificado debería integrarse la fiscalidad como un elemento estratégico más a considerar para el logro del objetivo. El instrumento idóneo para plasmar este proyecto es el protocolo familiar, que implicará consecuencias fiscales por más que ése no sea el núcleo fundamental del mismo.

Pese a la claridad conceptual del proceso, la realidad muestra que, con frecuencia, el paso de la propiedad y control a las sucesivas generaciones sucede como un acontecimiento no planificado. Así, las empresas familiares españolas presentan un índice de supervivencia que es la mitad de las no familiares, sólo llegan a la segunda generación un tercio de ellas y entre un 10% y un 15%

a la tercera generación, de cuarta generación en adelante, los porcentajes pasan a ser una reducida relación nominal de casos concretos (Dyer, 1986). Estos datos se mantienen en una comparación internacional, de modo que parece confirmarse que el carácter familiar de las empresas les supone un problema para su supervivencia. Así pues, las empresas familiares son muy numerosas en cualquier economía desarrollada pero con un bajo índice de supervivencia, de modo que nos encontramos con dos proyecciones contrapuestas: de un lado la estática y cuantitativa – son muchas – y otra dinámica y cualitativa – sobreviven pocas –. A este respecto, los investigadores y las entidades que estudian a las empresas familiares se plantean qué factores son los que condicionan el éxito de las empresas familiares que sobreviven.

Una de las cuestiones fundamentales es la relativa al origen de la Empresa Familiar, en relación a la persona que crea la empresa y al motivo por el cual la crea. Una Empresa Familiar es una etapa en la vida de una empresa. Si la evolución es la deseable, la empresa dejará de ser familiar para dar paso a una familia empresaria. En el momento de la creación, la persona en cuestión presenta un perfil socio-demográfico y psicológico y una motivación concreta. La propiedad y la dirección coinciden y son unipersonales y, por lo general, no se crea una “Empresa Familiar”, se crea una empresa, la nueva empresa devendrá o no en “familiar”. En el momento fundacional, por lo común, en función del perfil de la persona fundadora, no existe todavía familia descendiente y por tanto tampoco voluntad de darle continuidad, entre otros motivos porque en ese momento fundacional ni siquiera está asegurada la supervivencia de la empresa.

El perfil y la motivación de la persona fundadora determinarán, entre otros aspectos, el estilo de dirección que regirá la empresa en los años siguientes (ESADE & Family Business Knowledge, 2006), lo cual será determinante para entender la evolución de la empresa (Kenyon & Ward, 2005). Con el transcurso del tiempo, si la gestión es eficiente, la empresa superará los primeros años de vida y, dependiendo de las capacidades y de la motivación de la persona, tenderá a crecer, en mayor o menor medida. En este caso, un perfil más emprendedor, una motivación positiva y una alta capacidad empresarial, habrán generado una empresa innovadora en un sector emergente o en crecimiento, con una gran capacidad competitiva y buenas perspectivas. Un perfil no emprendedor, una motivación reactiva y una menor capacidad directiva, habrán generado una empresa imitadora y en condiciones menos competitivas.

Paralelamente, la vida de la persona que crea la empresa también evoluciona, contrae compromisos personales y asume responsabilidades, funda su propia familia, tiene descendencia, procura el sustento de su familia, se preocupa por su futuro y, finalmente, contempla la continuidad de su empresa a través de su familia, como un medio para asegurar su propia supervivencia. Con independencia de cuál fuese la motivación para crear la empresa – deseo o necesidad –, la empresa se convierte en un medio de vida para la familia, en un instrumento para asegurar la futura supervivencia de los descendientes. Esto requiere que la empresa esté en condiciones de garantizar su propia supervivencia en el tiempo y asegurar una serie de condiciones que permitan una gestión eficiente y la generación de rentas suficientes para los descendientes.

Cuando la persona fundadora incorpora a algunos miembros de la familia en puestos de trabajo de la empresa – operativos o de dirección –, podemos calificarla ya como Empresa Familiar, en un sentido laxo. Lo que pretende el empresario es proveerles de una renta por trabajo que suele

ser el prelude de una renta financiera como inversores copropietarios y que anticipa la futura sucesión.

Ahora bien, el proceso de sucesión implica la transmisión del control de la actividad, es decir, la transmisión de la propiedad en grado suficiente para que los nuevos propietarios familiares ejerzan el control y tomen decisiones estratégicas, entre ellas quién o quiénes gobernarán y dirigirán la empresa. No cabe duda de que se trata del elemento clave que confiere a la empresa su verdadera condición de familiar, sólo en el momento en el que se ha producido el traspaso de la propiedad que permite el control por parte de los descendientes se materializa verdaderamente la condición de “familiar” de la empresa. Hasta entonces, se habrá manifestado la voluntad, la intención de acometer dicho traspaso y se habrán tomado decisiones para hacerlo efectivo, pero, en estricto sentido, no se ha producido la transferencia del poder a la segunda generación, que confiere realmente el control de la mayoría de la propiedad y plena capacidad de tomar decisiones estratégicas sobre el futuro y el gobierno de la empresa.

El proyecto empresarial que dará lugar a lo que, de común acuerdo, designamos como Empresa Familiar, surge con un marcado carácter personalista, de manera que en la primera fase de existencia de la Empresa Familiar, lo menos importante será la forma jurídica adoptada y, en consecuencia, la fiscalidad que se le aplique. En su inicio, lo relevante para el emprendedor es poner en marcha su idea de negocio con su estilo personal de dirección, en definitiva, de organizar los medios de producción y de intervenir en el mercado para la consecución de un fin de lucro. Es consecuente, por tanto, que una buena parte de las empresas familiares hayan comenzado su existencia con un empresario trabajador autónomo o con formas societarias en las que existe una fuerte concentración de la propiedad en el empresario o en muy pocos titulares más, que suelen ser familiares muy allegados.

La señalada concentración de la propiedad de la empresa en unos pocos individuos vinculados por lazos familiares es precisamente el elemento diferenciador del agente “Empresa Familiar”. Además, esta característica se acentúa durante el proceso de consolidación de la empresa y a medida que se aproxima el momento de la sucesión. Los analistas de este tipo de empresas coinciden en señalar la conveniencia de establecer los criterios para la inserción de los familiares en la gestión o en la actividad laboral de la empresa precisamente en las etapas iniciales del proyecto empresarial, en especial, en la de consolidación (Vacchiano López, 2007). No obstante, este escenario ideal no es el habitual, sino que, con frecuencia, nos encontramos con la preeminencia de un factor emocional que convierte a la empresa en refugio y sustento de los miembros de la familia y que suele deteriorar las posibilidades de pervivencia del negocio, al margen de las repercusiones fiscales que pondremos de relieve en la sección siguiente de este capítulo.

Durante este periodo de consolidación de la empresa, las decisiones del empresario fundador son las que determinan el devenir del negocio. La expansión y crecimiento del mismo justifican el recurso a profesionales externos que asumen responsabilidades en la gestión y que pueden llegar a ser una opción racional en la planificación sucesoria de la empresa. Asimismo, como ya hemos señalado, también se incorporan miembros de la familia a diferentes puestos y con distintos niveles de responsabilidad. Si bien lo deseable es que cada individuo sea elegido sólo en función de su cualificación y formación, lo cierto es que en las empresas familiares pueden primar criterios de tipo afectivo que alteran la racionalidad de la elección y que suponen una

desventaja para la empresa y un factor más de interferencia en las elecciones de la sucesión. Este problema no es un tema menor, pues convierte al negocio familiar en el sustento de ciertos miembros de la familia que alcanzan niveles de renta sólo explicables por su vínculo parental, por lo que su resistencia al cambio será muy alta. En este aspecto, una buena planificación económica y fiscal, que permita asegurar la renta de estos familiares supondrá un elemento muy favorable para la mejora del proceso sucesorio.

La influencia de los vínculos familiares se hace más patente aún en el momento de abordar la sucesión y suele llevar a una confusión entre los conceptos de propiedad y control empresa¹. La diferenciación de ambos roles y la apuesta por la profesionalización de la gestión de la Empresa Familiar es imprescindible para la pervivencia de la empresa pero suele predominar el deseo de mantener en la familia tanto la gerencia de la empresa como la propiedad de la misma. Una de las soluciones más socorridas para conseguir este escenario de confluencia es la de elegir a un sucesor en la familia y asegurar que su formación es la adecuada y su vocación la de servicio al proyecto empresarial familiar. A la dificultad de encontrar el perfil adecuado de este gestor dentro del seno familiar, se unen las injerencias de otros familiares y las desavenencias que pudieran existir en el caso de que haya varios candidatos, lo que convierte esta posible solución en un nuevo problema para el sucesor, si no se resuelven estos conflictos.

En este breve repaso de lo que supone para la Empresa Familiar enfrentarse a la sucesión se hacen patentes las importantes dificultades que se plantean. La conexión entre empresa y familia puede representarse por el rostro doble de Jano: feliz, en la medida en que dispone de una cantera de familiares de los que se presume una vocación importante para el mantenimiento de la actividad y que con una buena formación pueden darle continuidad, y triste en tanto las disensiones familiares pueden hacer inviable esa continuidad. Recordemos que una de las características básicas de la Empresa Familiar es su vocación de permanencia intergeneracional por lo que la sucesión y transmisión de la explotación económica se convierte en un asunto crucial.

En consecuencia con lo que acabamos de referir, no es de extrañar que una de las preocupaciones más reiteradas por instituciones y gobiernos sea la de tratar de incrementar las cifras de pervivencia de las empresas familiares y entre los factores que pueden contribuir al éxito de una sucesión empresarial está la de la regulación fiscal.

3. La importancia de la planificación fiscal para la Empresa Familiar en España

En las encuestas y consultas que se realizan a los empresarios sobre sus principales preocupaciones, es significativa la importancia que suelen darle a la fiscalidad. Con frecuencia, no importa el país o el sector en los que se demande su opinión, los empresarios suelen identificar como uno de sus principales condicionantes la fiscalidad que les es aplicada. Con frecuencia coinciden en que es, además, uno de los principales obstáculos a los que se enfrentan. Así, los estudios realizados por diferentes instituciones señalan que la proliferación de trámites administrativos, legales y fiscales y la notable complejidad que tienen en algunos casos,

¹ Los familiares que se hagan cargo de la propiedad no tienen por qué estar presentes en los órganos de dirección y administración de la empresa o simplemente, pueden optar, en el ejercicio de sus derechos de propiedad, por tomar la decisión sobre quiénes dirigirán el negocio, sean miembros de la familia, propietarios o no, o directivos no familiares, pero siempre bajo el control de los propietarios.

son elementos disuasorios del inicio de la actividad empresarial² y dificultan su mantenimiento. La complejidad normativa y administrativa, en particular la del sistema fiscal, provoca distorsiones en las decisiones de los empresarios que afectan de manera negativa tanto el emprendimiento como el desarrollo de la actividad empresarial.

En este contexto, la planificación fiscal de la actividad empresarial se convierte en un factor decisivo de éxito para la empresa. La relevancia de sujetar la toma de decisiones a criterios racionales y temporalizados es crucial en el momento de la puesta en marcha de la empresa y sus consecuencias se prolongarán en el tiempo de arranque y desarrollo de la actividad. En el caso de las empresas familiares, el impacto de la planificación es aún más relevante en una de las fases características de este tipo de empresas, su transmisión intergeneracional.

La planificación fiscal puede ser definida como el conjunto de acciones que un contribuyente adopta con el objetivo de minimizar su carga fiscal o, dicho de otro modo, de maximizar su utilidad después de descontar los impuestos. No podemos olvidar que los gravámenes asociados a la actividad económica son un coste más de la misma que reducen la ganancia obtenida, por tanto, pretender que sean lo menor posible se convierte en un elemento más de eficiencia en la gestión económica. No comporta ningún elemento negativo o reprochable en la medida en que la planificación fiscal no se plantea como un instrumento fraudulento: lo que se busca es el aprovechamiento de las oportunidades que el legislador ofrece para reducir la carga fiscal de una operación o de un sujeto pasivo, mediante el empleo de las alternativas jurídicas que permiten una calificación favorable en términos de la carga fiscal que comporta. Siempre que la opción elegida responda a los hechos que hacen nacer la obligación tributaria no hay un comportamiento ilegal, no hay fraude por tanto, y siempre que se haga frente al pago de la deuda tributaria no tendremos un supuesto de evasión fiscal.

Otra cuestión distinta es que mediante medios legales, se cambie la calificación fiscal de un hecho imponible de manera que la carga fiscal derivada sea menor, es lo que conocemos como elusión fiscal. Sin ánimo de abundar en cuestiones conceptuales o teóricas que no son objeto preciso de este capítulo, sí conviene recordar que la elusión fiscal legítima coincide con el concepto de planificación fiscal y con el de economía de opción, siendo distinta de la ilegítima en que en ésta se busca el fraude de ley, es decir, la utilización del Derecho para falsear la realidad mediante medios legales. La Ley General Tributaria (LGT) recoge en su artículo 15 el supuesto de *Conflicto en la aplicación de la norma tributaria*, en referencia a lo que la norma de 1963 señalaba como fraude de ley. Se produce el citado conflicto cuando mediante medios legales se *evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base tributaria mediante actos o negocios* que, considerados de forma aislada o en su conjunto, *sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido* y de cuya realización *no deriven efectos económicos o jurídicos relevantes al margen del ahorro fiscal* del que se beneficia el contribuyente. En estos casos se exigirá el tributo que corresponda aplicando

² El Eurobarómetro nº 283 de la Comisión se dedicó en exclusiva a analizar la situación de Europa y otros países del entorno en lo que concierne al emprendimiento. Entre los factores que dificultan o suponen una barrera a la actividad empresarial destacan la falta de apoyo financiero y la complejidad de los procedimientos administrativos, entre los que se cuentan los tributarios. El 71% de los encuestados consideraron dicha complejidad un obstáculo, y la amplia mayoría de ellos lo valoraron como ‘fuerte’ o ‘muy fuerte’. En el caso de España, la encuesta anterior nos sitúa en el sexto lugar de los países estudiados en los que los empresarios perciben los procedimientos administrativos como una barrera importante para la creación de empresas.

la norma prevista para los *actos o negocios usuales o propios*, eliminando, por tanto, el beneficio fiscal que pudiera haber obtenido y exigiéndose el pago de los intereses de demora generados.

El supuesto anterior es distinto de lo que en el ámbito fiscal se denomina economía de opción, que no es otro que la posibilidad de que el sujeto pasivo adopte en sus relaciones jurídico-económicas la forma tributaria más ventajosa dentro del marco de la legalidad vigente. La economía de opción o planificación fiscal es la expresión de la voluntad del contribuyente de acuerdo a su libertad y autonomía, pudiendo optar por la fórmula menos onerosa entre las opciones jurídicas aplicables.

En esencia, lo que subyace es la contraposición entre la aplicación del principio de legalidad en el ámbito tributario, que impide la extensión del hecho imponible más allá de la redacción literal de la norma, y el de justicia tributaria, que exige la tributación de las manifestaciones de riqueza sometidas a gravamen, con independencia de que se hayan verificado a través de medios no previstos (Linares Gil, 2004). Al margen de las consideraciones morales que la elusión fiscal nos pueda suscitar, lo cierto es que no deriva de este comportamiento ninguna sanción tributaria ni penal, en tanto se ajusta a la legalidad vigente. Sin embargo, es necesario deslindar este comportamiento de una planificación fiscal cuando la utilización de las normas y formas jurídicas se dirige a la obtención de resultados previstos por la ley tributaria y se basa en un cálculo previo que permite elegir la opción que menor carga fiscal comporta.

Precisada conceptualmente la planificación fiscal lo que corresponde es identificar los ámbitos en los que se proyecta, que son el diferimiento en la imposición, la opción entre diferentes tipos de gravamen y la elección entre operaciones sujetas a distinta carga fiscal (Stiglitz, 1985). Lo cierto es que en estas tres grandes categorías inciden múltiples variables que los contribuyentes han de tener en cuenta para poder tomar la opción fiscal más favorable. Domínguez Barrero y López Laborda (2001) señalan entre dichas variables el tipo de gravamen, el sujeto pasivo, la calificación de las operaciones, los incentivos fiscales, el tiempo y el espacio. La importancia de las cuestiones señaladas justifica un tratamiento pormenorizado de cada una de ellas, que no podemos abordar en este capítulo, pero sí conviene destacar la relevancia del factor espacio en el Estado español, dado el alto grado de descentralización de la potestad tributaria que presenta.

No es baladí que la planificación fiscal tenga una vertiente externa muy importante. El juego entre legislaciones fiscales diversas supone una de las principales opciones de elección de los sujetos pasivos, al determinar la fiscalidad en función de la radicación de la actividad o del sujeto pasivo o de cualquiera de los elementos normativos de conexión que permiten a un contribuyente elegir el régimen fiscal más favorable. La planificación fiscal internacional afecta a dos sistemas tributarios y en este punto sus efectos son parangonables a los que se verifican en un Estado con una Hacienda Federal, tal como ocurre en España.

Aunque la Constitución del 1978 señala al Estado Central como el titular de la soberanía fiscal originaria, la descentralización de la misma a las Comunidades Autónomas ha sido muy intensa. Al margen de las especialidades fiscales de los territorios Forales – Navarra y País Vasco – la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de Régimen Común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, contempla un espacio fiscal subcentral muy amplio en el que los gobiernos autonómicos pueden aprobar y aplicar normativas que, en algunos impuestos, pueden diferir substancialmente, dando margen así a una

planificación fiscal vinculada al territorio. Este aspecto es muy importante en figuras impositivas que afectan de manera relevante a la Empresa Familiar como son los impuestos sobre Patrimonio, Transmisiones Patrimoniales y, sobre todo, el de Sucesiones y Donaciones, todos ellos cedidos a las Comunidades Autónomas.

Así pues, queda justificada la necesidad de abordar ciertos aspectos de la fiscalidad de las empresas familiares en las que es muy necesario un enfoque de planificación, en especial, en lo que afecta a la transmisión intergeneracional de la actividad.

El análisis fiscal de la Empresa Familiar debe comenzar con la necesaria precisión de que no existe un sujeto tributario definido como tal, por tanto, no podemos referirnos a una fiscalidad específica para este tipo de empresa. El carácter familiar de la actividad económica no supone para el ordenamiento tributario un elemento definitorio que justifique una normativa propia, diferenciada de aquella prevista para el resto de los sujetos pasivos. Esta decisión implica que el régimen fiscal de cada Empresa Familiar variará en función de las mismos criterios que se aplican al resto de contribuyentes, en primer término según la forma jurídica de la actividad y, después, según el volumen de ingresos obtenidos.

La opción del legislador español es la común en la fiscalidad de los países de nuestro entorno y es coherente con el hecho de que la Empresa Familiar no sea considerada un sujeto diferenciado para ninguna de las ramas del Derecho que la regulan, pese a que desde el punto de vista económico sí han sido objeto de atención preferente y diferenciada, al menos en las últimas dos décadas. A la luz de la importancia de la Empresa Familiar parece poco congruente que no se haya definido un sujeto pasivo específico, con una fiscalidad adaptada a las necesidades y peculiaridades de la Empresa Familiar. Sin embargo, el estudio de las normas fiscales generales que le son aplicables muestran una preocupación importante del legislador por la consideración de las cuestiones familiares en el ámbito de los impuestos que gravan la actividad económica y su transmisión. Tanto el impacto del régimen matrimonial en la empresa, como la incorporación de los familiares a la misma – sean como asalariados o como partícipes – como el tratamiento de las operaciones económicas entre familiares y la sucesión o transmisión de la actividad, son materias en las que la normativa fiscal se adapta al factor familiar. No obstante, esta regulación no es privativa de las empresas familiares sino que se aplica en cualquiera de los impuestos afectados a sus sujetos pasivos, sean o no empresas de carácter familiar.

En cualquier caso, esta situación comporta una elevada complejidad en términos de planificación del devenir de la Empresa Familiar, que no puede ser abordada desde una perspectiva única y que está condicionada por factores más complejos que los ya propios de la actividad económica. Es decir, en la planificación de sus decisiones, el empresario familiar no sólo debe tener presente las necesidades propias de la empresa, también debe atender a las de su familia. Es más, debe hacerlas compatibles y lograr que el carácter familiar de la empresa se convierta en una fortaleza para la misma y no en un factor de desestabilización que puede acabar con la actividad económica, como ponen de relieve las cifras de fracaso de la sucesión intergeneracional. En términos prácticos, esta exigencia supone que el empresario familiar no sólo debe ser empresario – es decir, decidir sobre los medios materiales y humanos de producción para intervenir en el mercado obteniendo una ganancia – sino que debe ser capaz de gestionarla conociendo las particularidades y oportunidades que el Derecho Mercantil, Civil o Tributario presentan para la Empresa Familiar. No cabe duda de que se trata de una tarea muy compleja y

que con frecuencia excede los conocimientos y capacidades del empresario familiar, lo que de por sí explica en buena medida esas cifras de desaparición de los negocios familiares.

La Empresa Familiar, como cualquier otra, puede tener forma individual o instrumentarse a través de una forma societaria. La forma – persona física o sociedad civil o mercantil – de la Empresa Familiar conlleva diferentes consecuencias en todos los órdenes, tanto jurídicos como económicos, tanto en la creación de la empresa, como en su desarrollo, gestión y tributación, así como en la transmisión de la misma. Como ya hemos señalado, lo habitual es que una Empresa Familiar comience con la idea emprendedora de un individuo que empieza a ejercer su actividad empresarial o profesional bajo la forma de autónomo. Desde el punto de vista fiscal, el empresario individual tributará en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) por los rendimientos de actividades económicas generados, imputándose los a quien realice dicha actividad de forma habitual, personal y directa – en principio, quien figura como titular de la actividad –. La forma de persona física o autónomo suele ser muy utilizada en tanto es la más sencilla de tramitar.

En este tipo de empresas, la gestión es desarrollada por el propio empresario, que es quien responde con todos sus bienes y derechos presentes y futuros de la gestión realizada, es decir, que todo su patrimonio queda afectado a la responsabilidad derivada de su actividad empresarial. En este punto toma especial relevancia el régimen económico matrimonial del empresario que puede dar como resultado una implicación del patrimonio del cónyuge en la responsabilidad de su actividad. Además de este importante inconveniente, la empresa debe transmitirse como un bloque, dificultando tanto este proceso como la obtención de recursos que le permita avanzar en su crecimiento. Por lo general, los empresarios suelen adoptar formas societarias que permiten eludir estos problemas, coincidiendo temporalmente con la fase de madurez de la empresa y el momento de transmisión a la primera generación. A partir del momento en que la forma jurídica de la empresa es societaria el régimen fiscal a que se somete lo encontramos en el Impuesto sobre la Renta de Sociedades (IS).

Podemos encontrar también sociedades civiles y comunidades de bienes que comparten con el empresario individual el problema de la responsabilidad ilimitada con el patrimonio personal y que se caracterizan por su sujeción al IRPF en el régimen de atribución de rentas. Este régimen atribuye a cada socio o comunero las rentas generadas por la actividad de manera que son tributadas en el impuesto personal de cada uno de ellos, haciendo transparente desde el punto de vista fiscal la forma societaria en la que se generan.

Además de la variabilidad expuesta en las formas jurídicas de las empresas también influye, y mucho, el estilo de dirección del empresario. La propuesta idónea para la transmisión de la Empresa Familiar dependerá de estos factores tanto como de la valoración de la misma y, especialmente de la sustentabilidad de los miembros de la familia. Con todos estos condicionantes, el empresario debe decidir cuál es el instrumento idóneo para la sucesión, que va desde la mera transmisión por donación o en herencia a la enajenación, pasando por fórmulas intermedias que permiten al empresario cesar temporalmente en la dirección de la actividad a cambio de una retribución. Repasaremos a continuación las posibilidades de transmisión de la Empresa Familiar y sus implicaciones fiscales para poder formular las conclusiones de este capítulo.

Como premisa de nuestro análisis, la enajenación de la empresa debe realizarse entre miembros de la familia para poder seguir manteniendo la condición de Empresa Familiar. Por tanto, analizaremos el tratamiento fiscal del supuesto en que el empresario opta por vender la empresa o sus participaciones societarias a un pariente, en especial, a su cónyuge o algunos de sus descendientes.

En primer lugar, la transmisión de los activos y el fondo de comercio – o de una rama de actividad – constituyen una operación no sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido³ (IVA) pero al margen de esta cuestión, lo que más nos interesa es conocer la repercusión sobre la fiscalidad directa del transmitente y del adquirente:

- El empresario que vende experimenta una alteración patrimonial que se reflejará en su IRPF. Si el resultado de minorar el valor de transmisión en el de adquisición fuera positivo, tributará por su ganancia patrimonial en la base imponible del ahorro⁴. También podrá imputarse la pérdida si ésta derivase del cálculo anterior, con los límites y condiciones que la Ley del IRPF señala.
- El adquirente – en el caso que nos ocupa, un pariente – tendrá que hacer frente al pago del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales (ITP) de los inmuebles afectos que perciba, e integrará los rendimientos generados por la actividad en su IRPF.

La normativa fiscal española no prevé un trato de favor en el caso de la transmisión de la Empresa Familiar por venta a un pariente, cualquiera que sea el vínculo o grado de parentesco. Por tanto, la elección de esta fórmula de transmisión debe responder a otros criterios de naturaleza distinta a la fiscal. Entre los posibles, está el de la voluntad del empresario de ceder el control completo de la empresa a un pariente en concreto – pongamos uno de los hijos – en detrimento del resto. En este caso, como medio para evitar que la obligación civil de respetar el tercio de legítima de la herencia pueda impedir la transmisión completa de la actividad a quien el empresario haya elegido, puede optarse por una venta de la empresa a la persona que él decida como sucesor. Hay que tener en cuenta que el precio pactado debe ser el correspondiente al mercado, tanto porque así lo exige la norma fiscal como porque un precio inferior supondría menoscabar la posición de los otros herederos y favorecería una reclamación por parte de los mismos. Siempre que esta condición se respete, la operación será definitiva. Otra ventaja de esta opción es que puede utilizarse para transmitir una rama de actividad concreta, por tanto, permite que el empresario elija quien le va a suceder en esa actividad, al margen del resto de las otras actividades de la empresa, pudiendo aplicarse el beneficio fiscal previsto en el Régimen especial del IS que a continuación describimos.

Otra posibilidad para la transmisión onerosa de la empresa, en este caso la societaria, es la venta de los títulos representativos del capital social de la entidad en propiedad del empresario. Suponemos, por supuesto, que posee la mayoría de las acciones de la entidad, lo que le permite su control, y partimos, también, de que se venderán a otros miembros de la familia para garantizar el control de éstos, de acuerdo a la voluntad del socio mayoritario.

³ Artículo 7.1 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.

⁴ Según el artículo 66.2 de Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el tipo aplicable a la base liquidable del ahorro es del 19% hasta 6.000 € y del 21% para el resto de la base que exceda la cantidad anterior. Redacción dada por la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2011.

En este caso, la calificación fiscal es de nuevo la de una variación patrimonial que tributará en la base imponible del ahorro del IRPF – si el transmitente es persona física – o que se integrará en el resultado contable de la entidad, si transmite una sociedad. Por tanto, seguimos sin tener un tratamiento fiscal *ad hoc* para las empresas familiares.

Una opción distinta de la venta y que sí presenta ventaja fiscal es la de realizar una aportación de rama de actividad de una entidad a otra, por ejemplo a una empresa creada por el descendiente que el empresario quiere que sea su sucesor. En este caso, se acoge al Régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o de una Sociedad Cooperativa Europea, regulado en los artículos 83 a 96 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 4 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Si se verifican las condiciones previstas en este régimen especial, la tributación de la aportación de la rama de actividad estará diferida porque estarán exentos en la base imponible de la entidad transmitente y la sociedad adquirente los incorpora en el valor que tenían para la entidad transmitente antes de la aportación.

Por último, cabe mencionar el arrendamiento del negocio, que no puede ser considerado como una forma de transmisión de la empresa pero que presenta un paso previo a valorar. Consiste en una cesión temporal del negocio, articulada en un contrato de arrendamiento y por la cual el arrendatario se compromete a la satisfacción de una cantidad, en los términos y condiciones que las partes pacten. Al cabo del tiempo fijado, a la extinción del contrato, el empresario vuelve a recuperar el control de su actividad. Pese a que, como ya hemos mencionado, no se trata de un medio para la transmisión, sí presenta ventajas que lo hacen adecuado para cierto tipo de empresas familiares, especialmente las más pequeñas, personas físicas especialmente. Un punto a su favor es que puede ser utilizado por el empresario como un medio para calibrar la idoneidad como gestor de un posible sucesor. Además, otro aspecto positivo es que le permite asegurar unos ingresos cuya tributación es favorable con la actual configuración del IRPF, dado que son considerados como derivados del capital mobiliario y se integran en la base imponible del ahorro, sin tributar en la escala progresiva del impuesto. En contrapartida, el empresario pierde el control de la actividad por lo que su tutela quedaría a la voluntad del arrendatario, que, recordemos, es su familiar.

Vistas las opciones propuestas, podemos concluir que la normativa fiscal no favorece la transmisión onerosa de la Empresa Familiar. Por el contrario, la valoración de todas las operaciones entre familiares a precio de mercado es una exigencia que la pone en condiciones de igualdad en transmisiones a terceros. Hay que tener en cuenta, además, que la desconfianza de la Hacienda Pública en las operaciones entre personas con vínculo familiar la convierte en objeto preferente de revisión e incrementa las exigencias documentales para estas operaciones, si bien en el caso de la aportación de rama de actividad sí tiene una fiscalidad favorable.

4. La transmisión lucrativa de la Empresa Familiar

Son transmisiones lucrativas aquéllas en las que el receptor no realiza contraprestación alguna por lo que recibe. En el ámbito fiscal, el impuesto que les afecta es el de Sucesiones y Donaciones (en adelante ISD). Este tributo tiene una naturaleza directa, personal y subjetiva, y grava los incrementos patrimoniales de carácter lucrativo obtenidos por las personas físicas. Es,

asimismo, un impuesto progresivo, complementario del IRPF, cuyo nacimiento se produce en el momento de la realización de la operación que constituye su hecho imponible y muy vinculado a la normativa civil que regula dichas operaciones.

Estamos ante el impuesto que recae tanto sobre las transmisiones lucrativas *inter vivos* (donaciones), como las *mortis causa* (herencias y legados). La regulación de ambos tipos de transmisión se recoge en la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, aún vigente, pero modificada por las normas propias emanadas de cada Comunidad Autónoma, en aplicación de sus potestades tributarias previstas en la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de Régimen Común y las Ciudades con Estatuto de Autonomía. Es preciso tener en cuenta, además, que las Comunidades Forales de Navarra⁵ y País Vasco⁶ también cuentan con su propia normativa reguladora del ISD.

La cesión a las Comunidades alcanza al establecimiento de reducciones propias sobre la base imponible del impuesto – siempre que respondan a circunstancias de carácter económico o social – al aumento del importe o del porcentaje de las reducciones previstas por la norma estatal, a la ampliación de las personas que puedan acogerse a la mismas o la disminución de los requisitos para poder aplicarla. Asimismo pueden modificar la tarifa, la cuantía y coeficientes del patrimonio preexistente y aplicar o eliminar deducciones y bonificaciones de la cuota.

Pese a la variedad normativa se mantienen los elementos esenciales del tributo, como es obligado. Así pues, dada la identidad estructural, lo más relevante en términos de planificación fiscal de la transmisión de la Empresa Familiar son los incentivos que al respecto hayan implantado las Autonomías y, en segundo término, el tipo de gravamen aplicable. Es preciso señalar que en este tributo se han hecho patentes los problemas de la competencia fiscal inherente a una hacienda federal como la nuestra. Dado que las competencias cedidas a las Autonomías son tan amplias como las descritas, no debe extrañarnos que haya sido utilizado como medio para mejorar la situación relativa de los ciudadanos contribuyentes de cada Comunidad. La diferenciación fiscal a la baja supone una ventaja para los grupos políticos en el poder de cada gobierno autonómico, lo que, unido a la escasa potencia recaudatoria y el reducido volumen de ingresos que reporta este impuesto⁷, lo convierte en un instrumento idóneo para esa competencia fiscal. Ésta es la explicación de la importante proliferación de beneficios fiscales que veremos en la normativa autonómica, si bien el impacto de la crisis económica, que ha supuesto una drástica reducción de los ingresos públicos, ha frenado este proceso.

Refiriéndonos ya a la transmisión lucrativa de la Empresa Familiar, comenzaremos por la fiscalidad aplicable a sucesión por herencia, es decir, la que se produce tras el fallecimiento del empresario que tiene en su masa patrimonial a repartir, al menos una actividad empresarial, sea individual o societaria. Lo primero a destacar es que estamos ante una sucesión no planificada –

5 Decreto Foral Legislativo 250/2002, de 16 de diciembre, por el que aprueba el Texto Refundido de las disposiciones del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

6 En el caso del País Vasco hay que recordar que las capacidades tributarias son detenidas por las Diputaciones Forales, de modo que la normativa es propia para cada provincia: Norma Foral 3/1990, de 11 de enero (Guipúzcoa); Decreto Foral Normativo 3/1993, de 22 de junio (Vizcaya); Norma Foral 11/2005, de 16 de mayo (Álava).

7 Las estadísticas españolas y europeas muestran que apenas aporta el 1% del volumen total de ingresos que recaba el erario público.

por ser un fallecimiento repentino o por otras causas como la falta de voluntad o de opciones del empresario – o cuya planificación se produce por vía testamentaria.

Desde el punto de vista fiscal, nuestra referencia fundamental es el artículo 20.2.c de la Ley del ISD, que recoge la aplicación de una reducción en la base imponible del impuesto del 95% del valor de una empresa individual, de un negocio profesional o de participaciones en entidades, siempre que estos elementos correspondan a los cónyuges, descendientes o adoptados de la persona fallecida. Se trata de un beneficio fiscal muy importante, que reduce la tributación efectiva sobre el valor de la empresa al 5% del mismo en la base imponible del sujeto pasivo. Si a ello le unimos que es compatible con las reducciones que por razón del parentesco se disponen para cada sucesor, el gravamen que soporta la transferencia de la propiedad empresarial es muy reducido, cuando no nulo.

Esta reducción es aplicable también sobre el valor de derechos de usufructo de la entidad y sobre los derechos económicos derivados de la extinción de dicho usufructo, siempre que con motivo del fallecimiento se consolidara el pleno dominio en el cónyuge, descendientes o adoptados, o percibieran éstos los derechos debidos a la finalización del usufructo en forma de participaciones en la empresa, negocio o entidad afectada. Ante la inexistencia de cualquiera de las personas mencionadas, la reducción se podrá aplicar a las adquisiciones realizadas por ascendientes, adoptantes y parientes colaterales hasta el tercer grado.

No obstante, para que este beneficio fiscal sea factible, se exige que a los elementos transferidos les sea de aplicación la exención regulada en el apartado octavo del artículo 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, lo que implica que los bienes y derechos sujetos a reducción deben tener la condición de bienes afectos⁸ a la actividad empresarial. El citado artículo 4.8 del IP contempla una exención aplicable a los bienes y derechos de las personas físicas que sean necesarios para el desarrollo de su actividad empresarial o profesional. Además, se exige que dicha actividad sea ejercida de forma habitual, personal y directa por el sujeto pasivo y que constituya su principal fuente de renta. Esta exención es aplicable a los bienes comunes del matrimonio siempre que los requisitos anteriores se verifiquen para cualquiera de los dos cónyuges.

También está exenta en el IP – por tanto genera la reducción del 95% en el ISD – la plena propiedad, la nuda propiedad y el derecho de usufructo vitalicio sobre las participaciones en entidades, con o sin cotización en mercados organizados. El valor de la exención será determinado conforme a las reglas del IP, siendo la diferencia entre el valor de la participación – minorando el valor de los activos en las deudas derivadas del ejercicio de la actividad – y el valor del patrimonio neto de la sociedad.

Los requisitos para poder acogerse a esta exención son tres, a saber:

- La entidad no debe tener por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario, en virtud de lo cual su activo no puede estar constituido en más del 50% por valores, ni desafecto a la actividad económica, durante más de 90 días en el ejercicio social.

⁸ Artículo 27 de la Ley 35/2006 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

- La participación del empresario – sujeto pasivo del IP – debe ser como mínimo el 5% del capital social, de manera individual, o el 20% conjuntamente con su cónyuge y demás parientes hasta segundo grado.
- Las funciones de dirección de la entidad deben ser ejercidas de manera efectiva por el sujeto pasivo, constituyendo la remuneración de dicha actividad al menos el 50% de la totalidad de los rendimientos empresariales, profesionales y del trabajo personal.

Por último, para aplicarse la reducción del 95% prevista en el ISD, se exige que la adquisición se mantenga, durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante, salvo que falleciera el adquirente dentro de ese plazo. Si no se cumple este requisito de permanencia, estará obligado a satisfacer la parte del impuesto que se hubiese dejado de ingresar como consecuencia de la reducción aplicada, así como los intereses de demora que devengue esta cantidad. Este requisito de mantenimiento ha sido muy criticado por parte de las empresas familiares, por cuanto exige un periodo muy amplio y limita las posibilidades de adaptación al mercado de las empresas. No obstante, la nutrida doctrina de la Dirección General de Tributos (DGT) sobre este aspecto, permite matizar la exigencia en la medida en que no obliga a mantener la actividad ni a reinvertir el importe de los elementos bonificados en bienes concretos. Eso sí, la pérdida substancial del valor de lo adquirido por sucesión antes de esos diez años implica el incumplimiento del requisito de permanencia y alcanza a todos los herederos que hubiesen disfrutado de la bonificación⁹.

En definitiva, el beneficio fiscal que contempla el artículo 20.2.c. es un mecanismo importante para favorecer la sucesión en las empresas familiares, en concreto a través de herencia. Está previsto para los supuestos en que los perceptores a título sucesorio sean los parientes comprendidos en los Grupos I – descendientes y adoptados menores de veintiún años – y II – cónyuge, descendientes, ascendientes y adoptados de veintiún o más años –, los de mayor cercanía al fallecido, fundamentalmente descendientes y cónyuge, pero como hemos visto, es ampliable a otros parientes. A este respecto conviene insistir en que la posibilidad de aplicar el beneficio fiscal a los parientes del Grupo II sólo será posible cuando no haya herederos del Grupo I, lo que supone cierta restricción en la elección del sucesor de la empresa por razones fiscales. En cualquier caso, dada la descentralización del impuesto, es necesario conocer cuál es la normativa autonómica al respecto.

Respecto al tipo de gravamen, las Comunidades Autónomas se ajustan a la tarifa progresiva del Estado. No obstante, dado que el gravamen es el resultado de aplicar a la cuota tributaria resultante unos coeficientes correctores, que son distintos para cada Grupo y según el patrimonio preexistente, la carga fiscal que aplican es el resultado tanto de la modificación de la tarifa como de los coeficientes de corrección y de las reducciones específicas que se aplican para cada Grupo. Así pues, la valoración de la presión fiscal en el ISD por Autonomías según el tipo de gravamen debe hacerse a partir del resultado final.

Los coeficientes menores son los que se aplican a los Grupos I y II, de parientes más cercanos. Para los sucesores del Grupo I, hay Comunidades en las que el gravamen que soportan estas personas es muy reducido. Así ocurre en Asturias, Baleares, Canarias, Cantabria, Castilla y León,

⁹ Destacamos la Resolución de la DGT de 23 de marzo de 1999 y en la Consulta de 15 de octubre de 1997.

Castilla-La Mancha, Cataluña, Galicia, Madrid, Murcia, La Rioja y Comunidad Valenciana. En el País Vasco estos sujetos pasivos están exentos y en Navarra tributan al 0.8%. En Andalucía, Extremadura y Aragón se establecen límites, sobre la base – inferior a 175.000 € – en las dos primeras o con un máximo de reducción de 3.000.000 € en la última Comunidad citada.

Para los sucesores del Grupo II encontramos unas Comunidades en las que la tributación es también nula o muy reducida: País Vasco, Navarra, Baleares, Canarias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Cataluña, La Rioja, Madrid y Comunidad Valenciana. En el resto de Autonomías el trato no es mucho más gravoso pero se establecen los límites y especialidades siguientes: en Andalucía y Extremadura limitan este trato favorable a contribuyentes con bases menores de 175.000 € y con límite en el patrimonio preexistente; Aragón aplica una reducción de 150.000 € para patrimonios preexistentes de menos de 402.678 €; en Asturias quedan fuera del gravamen de ISD las herencias cuya la base imponible no supera los 150.000 € y el patrimonio preexistente 402.678,11 €; en Murcia se aplica reducción del 99 % con una base límite de 450.000 € y en Galicia la tarifa para estos familiares tiene tipos del 5% al 18%, la estatal alcanza el 34 %.

Por último, una cuestión en la que también hay diversidad de opciones es en la extensión a la pareja de hecho del tratamiento previsto para el cónyuge. Así ocurre en Andalucía, Aragón, Asturias, Cantabria, Cataluña, Extremadura y Madrid, mientras que el resto de Comunidades no las equiparan en este punto.

En la tabla 1 se recogen las especialidades de las normas autonómicas en la tributación *mortis causa* de las empresas familiares en el ejercicio 2012.

| |
|---|
| ANDALUCÍA (Real Decreto- Leg 1/2009) |
| <p>Reducción: 99%</p> <p>La actividad debe estar radicada en su territorio y mantenerse durante los 5 años siguientes.</p> <p>Se introduce una reducción de la misma cuantía (99%) para no parientes que acrediten haber desempeñado tareas de responsabilidad en la gestión o dirección de la empresa, con contrato laboral o por prestación de servicios, con una antigüedad en la actividad de al menos 5 años y en la empresa de al menos 10.</p> <p>Se aplica a cónyuges, descendientes o adoptados, ascendientes o adoptantes y colaterales hasta el tercer grado por consanguinidad y por afinidad del causante.</p> |
| ARAGÓN (RD-Leg 1/2005 y Ley 3/2012) |
| <p>Reducción: 99%</p> <p>Reducción a 5 años de la obligación de permanencia.</p> <p>Los bienes afectos deben haber sido exentos en el IP en los años anteriores al fallecimiento.</p> <p>Se prevén especialidades para participaciones en entidades.</p> <p>Se dispone una reducción del 30% de la BI en el caso de una transmisión a favor de terceros si la actividad tiene una antigüedad mínima de 3 años y no se dedica a la gestión de patrimonios, tenga al menos un empleado laboral a jornada completa y se mantenga la plantilla durante al menos 5 años.</p> |
| ASTURIAS (Ley 6/2008) |
| <p>Reducción: 4% adicional a la del Estado</p> <p>La actividad debe estar radicada en su territorio y mantenerse durante los 10 años siguientes.</p> <p>El valor de la empresa o participaciones no debe superar los 5 millones de euros.</p> |

| |
|--|
| BALEARES (Ley 22/2006) |
| <p>Reducción: 95%</p> <p>Reducción a 5 años de la obligación de permanencia.</p> <p>Se aplica a ascendientes y colaterales hasta tercer grado en ausencia de descendientes. También a los cónyuges.</p> |
| CANARIAS (D-Leg 1/2009) |
| <p>Reducción: 99%/ 95%</p> <p>Los bienes afectos deben haber sido exentos en el IP en los dos años anteriores al fallecimiento.</p> <p>La actividad debe estar radicada en su territorio y mantenerse durante 5 años.</p> <p>El valor de la empresa no puede exceder de tres millones de euros, un millón en caso de negocio profesional.</p> |
| CANTABRIA (Ley 1/2012) |
| <p>Reducción: 99%</p> <p>Incluye las actividades agrícolas, ganaderas y pesca.</p> |
| CASTILLA Y LEÓN (D-Leg 1/2008) |
| <p>Reducción: 99%</p> <p>Reducción a 5 años de la obligación de permanencia.</p> <p>Incluye las actividades agrícolas.</p> |
| CATALUÑA (Ley 19/2010) |
| <p>Reducción: 95%</p> <p>Reducción a 5 años de la obligación de permanencia.</p> <p>Alcanza a no parientes que acrediten haber desempeñado tareas de responsabilidad en la gestión o dirección de la empresa, con contrato laboral o por prestación de servicios, con una antigüedad en la actividad de al menos 5 años y en la empresa de al menos 10.</p> |
| CASTILLA - LA MANCHA (Ley 9/2008) |
| <p>Reducción: 4% adicional a la del Estado.</p> <p>La actividad debe estar radicada en su territorio y mantenerse durante los 5 años siguientes.</p> |
| EXTREMADURA (D- Leg 1/2006) |
| <p>Reducción: 100%</p> <p>Incluye las actividades agrícolas.</p> <p>La actividad debe estar radicada en su territorio y mantenerse durante 10 años.</p> <p>En caso de participaciones societarias se exige que el fallecido tuviera al menos el 50% del capital social, solo con parientes hasta el tercer grado y no deba cotizar en mercados organizados ni estar dedicada a la gestión de patrimonios.</p> |
| GALICIA (Ley 9/ 2008) |
| <p>Reducción: 99%</p> <p>Incluye las actividades agrícolas.</p> <p>La actividad debe estar radicada en su territorio y tendrán que haberse desarrollado al menos con 2 años de antelación al fallecimiento.</p> <p>En caso de participaciones societarias se exige que el fallecido tuviera al menos el 50% del capital social, solo con parientes hasta el tercer grado o el 5% individual o el 20% con parientes en caso de una Empresa de Reducida Dimensión.</p> |
| MADRID (Ley 1/2010) |
| <p>Reducción: 99%</p> <p>Reducción a 5 años de la obligación de permanencia.</p> <p>Se aplica a ascendientes y colaterales hasta tercer grado en ausencia de descendientes. También a los cónyuges.</p> |

| |
|--|
| MURCIA (Ley 1/2010) |
| Reducción: 99% Reducción a 5 años de la obligación de permanencia y exigencia de que se mantenga la ubicación de la entidad. Domicilio fiscal y social en la Comunidad Autónoma. En caso de participaciones societarias se exige que el fallecido tuviera al menos el 10% del capital social individual o el 20% con parientes en caso de una Empresa de Reducida Dimensión. |
| LA RIOJA (Ley 7/2011) |
| Reducción: 99% Incluye las actividades agrícolas. Se aplica a ascendientes y colaterales hasta cuarto grado en ausencia de descendientes. También a los cónyuges y parejas de hecho. Se aplican a las explotaciones agrarias. La entidad debe estar radicada en el territorio de la Comunidad Autónoma. También el adquirente. Reducción a 5 años de la obligación de permanencia. Se prevén especialidades para participaciones en entidades. |
| COMUNIDAD VALENCIANA (Ley 13/1997 y 10/2006) |
| Reducción: 95% Para actividades agrícolas con ciertas condiciones (radicación y mantenimiento de la actividad durante 5 años). Se aplica a ascendientes y colaterales hasta tercer grado en ausencia de descendientes. También a los cónyuges. La reducción será del 90% si el causante tuviese entre 60 y 64 años. |
| NAVARRA (DF-Leg 205/2002) |
| No contempla reducciones por transmisión de negocio, empresa o participaciones. |
| PAÍS VASCO |
| Álava (NF 11/2005) Reducción del 95% para personas de los Grupos I y II. Requisito de permanencia de 5 años. Vizcaya (NF 3/1993) Reducción del 95% para personas de los Grupos I y II. Requisito de permanencia de 5 años. |

Tabla 1. Disposiciones de las Comunidades Autónomas en el ISD sobre sucesión empresarial mortis causa (2012). Elaboración propia a partir de normativa autonómica vigente en 2012 y el documento de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria Medidas Normativas aprobadas por las Comunidades Autónomas de Régimen Común en materia de tributos cedidos, 2011.

El panorama fiscal de la sucesión *mortis causa* en el Estado Autonómico pone de relieve ciertos aspectos en los que hay una diferencia de trato a considerar. En primer término nos encontramos con Comunidades en las que el ámbito de beneficiarios se reduce a los descendientes y cónyuges, admitiendo la ampliación a colaterales si no hay descendientes. Hay casos en los que se equipara a la pareja de hecho al cónyuge y otras Comunidades que no las consideran sujeto de la reducción. Es significativa la ampliación al cuarto grado de colateralidad en el caso de La Rioja, que es la única que contempla esta extensión. Obviamente, facilitan más la elección de sucesor las legislaciones que permiten una mayor amplitud en la aplicación subjetiva de la reducción. Además, algunas Comunidades han optado por facilitar la transmisión a personas no vinculadas por parentesco, lo que permite favorecer el mantenimiento de la empresa aun cuando pierda su carácter familiar.

En cuanto al requisito de permanencia de lo adquirido, la mayoría de las Autonomías optan por reducir a la mitad el periodo de diez años fijado en la normativa estatal. Sin embargo, buena

parte de ellas exigen requisitos adicionales que obligan al mantenimiento de la actividad en el territorio de la Comunidad en que aplica la reducción y, en ocasiones, también que ya estuviese radicado el domicilio social y fiscal en la región con carácter previo al fallecimiento.

Es necesario recordar que el elemento de conexión del ISD, que es un impuesto personal, es la residencia¹⁰ del causahabiente, de modo que los herederos y legatarios estarán sujetos a la normativa de dicha Comunidad, con independencia de su propia residencia. El sujeto pasivo del ISD en las transmisiones *mortis causa* es el causahabiente y la Administración encargada de su gestión e ingreso será la correspondiente al lugar en que éste tuviese fijada su residencia, según lo dispuesto en el artículo 32.2.a de la Ley 22/2009. Además, el artículo 28.1.1.b de la misma Ley dispone que, a los efectos del ISD, se considera residente a aquel sujeto que haya mantenido su residencia en su territorio el mayor número de días en el periodo de los últimos cinco años a su fallecimiento. Por tanto, cualquiera que sea el territorio de residencia de los herederos y legatarios les será de aplicación la fiscalidad prevista en la Comunidad de residencia del finado. Ello implica que la planificación fiscal del cambio de domicilio deba hacerse con una anticipación mayor a esos cinco años, y tomar muy en consideración cuáles son las Autonomías que exigen la radicación previa de la actividad en su territorio, dado que la reducción sólo sería aplicable a esas explotaciones.

Por último, las plusvalías generadas por la sucesión no tributan en el IRPF del fallecido¹¹ lo que completa un tratamiento fiscal muy favorable para la transmisión de una Empresa Familiar, tanto en la normativa estatal como con las modificaciones de las Autonomías que mejoran y amplían la anterior.

En lo que respecta a la donación de la empresa, la regulación que encontramos es muy similar a la ya descrita. No en vano, el tratamiento uniforme de las adquisiciones lucrativas permite garantizar la neutralidad del sistema y los ingresos del erario público.

La transmisión *inter vivos* de una empresa individual, un negocio profesional o de participaciones en entidades del donante a los que sea de aplicación la exención regulada en el apartado octavo del artículo 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del IP, en favor del cónyuge, descendientes o adoptados, será objeto de una reducción en la base imponible del 95 % del valor de adquisición, con unos requisitos que afectan al donante, al donatario y al mantenimiento de la exención.

Respecto al donante se le va a exigir que tenga sesenta y cinco años o más o que se encuentre en situación de incapacidad permanente, o en absoluta o gran invalidez¹². Además, si el donante viniera ejerciendo funciones de dirección, tendrá que cesar de ejercerlas y de percibir la remuneración por el ejercicio de las mismas desde el momento de la transmisión¹³. Es necesario precisar que no se entenderá comprendida entre las funciones de dirección la mera pertenencia al Consejo de Administración de la sociedad. En el supuesto de la donación de bienes

10 Sabemos que la presunción de residencia se establece, para una persona física, en el lugar en que ha fijado su vivienda habitual y que en caso de duda se atenderá al territorio en el que obtenga la mayor parte de la renta sujeta a IRPF. Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de Régimen Común y Ciudades con Estatuto de Autonomía.

11 Artículo 33.3.b de la Ley 35/2006, del IRPF.

12 Al respecto basta que cumpla esta condición uno de los cónyuges cuando se dona un elemento ganancial por parte de ambos miembros del matrimonio.

13 También puede aplicarse esta reducción si el empresario ya no viniera ejerciendo dichas funciones.

gananciales, ambos cónyuges deberán cesar en todas las funciones de dirección, sea uno o ambos los que las desarrollen.

El donatario o adquirente tiene la obligación de mantener lo adquirido y el derecho a la exención en el IP durante los diez años siguientes a la fecha de la escritura pública de donación, salvo que falleciera dentro de este plazo. A diferencia de lo que ocurre en la transmisión lucrativa *mortis causa*, el adquirente deberá continuar con el desarrollo de una actividad económica o con las participaciones, además de mantener el valor de lo adquirido durante el mismo plazo de diez años. No obstante, ello no implica que deba continuar en las mismas actividades que desarrollaba el causante ni con las participaciones adquiridas, basta con mantener el valor de lo adquirido y que se goce de la exención en el IP.

A los requisitos anteriores, se añade que el donatario no podrá realizar actos de disposición y operaciones societarias que, directa o indirectamente, puedan dar lugar a una minoración sustancial del valor de la adquisición. En el caso de no cumplirse los requisitos anteriores, deberá pagarse la parte del impuesto que se hubiere dejado de ingresar como consecuencia de la reducción practicada y los intereses de demora.

En la tabla 2 se recogen las especialidades de las normas autonómicas en la tributación lucrativa por donación de las empresas familiares para el ejercicio 2012.

| |
|---|
| ANDALUCÍA (R.D. - Leg 1/2009) |
| Reducción: 99% |
| La actividad debe estar radicada en su territorio y mantenerse durante los 5 años siguientes. |
| Alcanza a no parientes que acrediten haber desempeñado tareas de responsabilidad en la gestión o dirección de la empresa, con contrato laboral o por prestación de servicios, con una antigüedad en la actividad de al menos 5 años y en la empresa de al menos 10. |
| Se aplica a cónyuges, descendientes o adoptados, ascendientes o adoptantes y colaterales hasta el tercer grado por consanguinidad y por afinidad del causante. |
| ARAGÓN (R.D. -Leg 1/2005 y Ley 3/2012) |
| Reducción: 99% |
| ASTURIAS (Ley 6/2008) |
| Reducción: 4% adicional a la del Estado |
| La actividad debe estar radicada en su territorio y mantenerse durante los 10 años siguientes. |
| El valor de la empresa o participaciones no debe superar los 5 millones de euros. |
| Aplicable al cónyuge, descendientes o adoptados, ascendientes o adoptantes y colaterales, por consanguinidad, hasta el tercer grado. |
| BALEARES (Ley 22/2006) |
| Reducción: 95% |
| Se reduce la edad del donante a 60 años y el periodo de permanencia a 5 años. |
| CANARIAS (D. - Leg 1/2009) |
| Reducción: 95% |
| Reducción: 50% para no parientes que acrediten haber desempeñado tareas de responsabilidad en la gestión o dirección de la empresa, con contrato laboral o por prestación de servicios, con una antigüedad en la actividad de al menos 5 años y en la empresa de al menos 10. |

| |
|--|
| CANTABRIA (Ley 1/2012) |
| Reducción: 99% Incluye explotaciones agrarias. Se reduce a 5 años el plazo de permanencia. |
| CASTILLA Y LEÓN (D. - Ley 1/2008) |
| Reducción: 99% |
| CASTILLA - LA MANCHA (Ley 9/2008) |
| Reducción: 4% adicional a la del Estado. La actividad debe estar radicada en su territorio y mantenerse durante los 5 años siguientes. |
| CATALUÑA (Ley 19/2010) |
| Reducción: 95% Alcanza a no parientes que acrediten haber desempeñado tareas de responsabilidad en la gestión o dirección de la empresa, con contrato laboral o por prestación de servicios, con una antigüedad en la actividad de al menos 5 años y en la empresa de al menos 10. Se reduce el periodo de permanencia a 5 años. Aplicable al cónyuge, descendientes o adoptados, ascendientes o adoptantes y colaterales, por consanguinidad, hasta el tercer grado. Reducción: 97% para participaciones en S.A.L. (Sociedad Anónima Limitada) Excluyen las participaciones en instituciones de inversión colectiva. |
| EXTREMADURA (D. - Ley 1/2006) |
| Reducción: 99% Se aplica sólo a cónyuge y descendientes. Incluye explotaciones agrarias. |
| GALICIA (Ley 9/ 2008) |
| Reducción: 99% Aplicable al cónyuge, descendientes o adoptados, ascendientes o adoptantes y colaterales, por consanguinidad, hasta el tercer grado. Se reduce a 5 años el plazo de permanencia y exige la radicación en su territorio al menos con dos años de antelación a la donación. |
| MADRID (Ley 1/2010) |
| No contempla reducciones por transmisión de negocio, empresa o participaciones. |
| MURCIA (Ley 1/2010) |
| Reducción: 99% Se aplica a los miembros de los Grupos I y II. La empresa, negocio o entidad de donde proceden las participaciones debe estar radicada en su territorio. |
| LA RIOJA (Ley 7/2011) |
| Reducción: 99% Incluye explotaciones agrarias. Se aplica a cónyuge o pareja de hecho, a descendientes, adoptados o personas en acogimiento familiar permanente o preadoptivo, ascendientes, adoptantes o personas que realicen un acogimiento familiar permanente o preadoptivo, y colaterales, por consanguinidad, hasta el cuarto grado. |
| COMUNIDAD VALENCIANA (Ley 11/2002) |
| Reducción: 95% Se aplica a descendientes, adoptados y cónyuge y, en ausencia de éstos, a ascendientes y adoptantes. Se aplica a todas las actividades empresariales que haya desempeñado el donante. La reducción será del 90% si el causante tuviese entre 60 y 64 años. |
| NAVARRA (DF-Leg 205/2002) |
| No contempla reducciones por transmisión de negocio, empresa o participaciones. |

| PAÍS VASCO |
|--|
| Álava (NF 11/2005) Reducción del 95% para personas de los Grupos I y II. Requisito de permanencia de 5 años. |
| Guipúzcoa (NF 3/1993) Reducción del 95% para personas de los Grupos I y II y parejas de hecho. Requisito de permanencia de 10 años. |
| Vizcaya (NF 3/1993) Reducción del 95% para personas de los Grupos I y II. Requisito de permanencia de 5 años. |

Tabla 2. Disposiciones de las Comunidades Autónomas en el ISD sobre sucesión empresarial inter vivos (2012). Elaboración propia a partir de normativa autonómica vigente en 2012 y el documento de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria Medidas Normativas aprobadas por las Comunidades Autónomas de Régimen Común en materia de tributos cedidos, 2011.

Al igual que vimos para la transmisión *mortis causa*, entre las modificaciones más frecuentes en las normas autonómicas encontramos la reducción a cinco años del periodo de permanencia del negocio, empresa o participaciones donadas, en el patrimonio del donatario. También se exige el mantenimiento del valor de lo donado pero con el requisito adicional de mantener la actividad empresarial, aunque no necesariamente la misma.

Otro punto común con las herencias y legados es la ampliación de los donatarios posibles. La regulación estatal contempla como posibles beneficiarios de la reducción al cónyuge y descendientes o adoptados, pero varias Comunidades Autónomas amplían el ámbito personal a parejas de hecho y parientes colaterales – de hasta cuarto grado en La Rioja – y ascendientes y adoptantes. En particular, la Comunidad de La Rioja, incluye también a personas en régimen de acogimiento y preadopción. Sin embargo, lo más llamativo es la remisión general al parentesco por consanguinidad, excluyendo por tanto a los parientes por afinidad, a diferencia de lo que ocurre en la sucesión. No obstante, es admitida la aplicación de la misma a los parientes por afinidad, dada la remisión del ISD al artículo 4.8 del IP, que los admite con carácter expreso. A este respecto, es muy remarcable la Sentencia 465/2007, del Tribunal Superior de Justicia de Murcia¹⁴, que declara que no pueden excluirse de esta reducción los parientes por afinidad y que la norma fiscal – o su interpretación – no puede contravenir lo dispuesto por el Derecho en otros ámbitos, en particular el Civil.

Existe también coincidencia en la consideración de la reducción para la donación a no parientes, con las mismas condiciones y requisitos previstos para la sucesión *mortis causa*, si bien no es aplicada con carácter general.

Otro elemento que se observa en la normativa autonómica es la tendencia a exigir que el negocio, empresa o participaciones donadas correspondan a entidades radicadas en el territorio de la Comunidad en la que debe liquidarse el impuesto, siendo aplicable a este punto lo que ya hemos referido para las *mortis causa*.

¹⁴ El supuesto de hecho de esta sentencia es la reclamación de los hijos de la esposa, fallecida previamente, de un matrimonio en el que, al fallecimiento del padre, deja participaciones societarias que la Administración no considera sujetas a reducción.

En resumen, la tributación prevista para las donaciones de negocios, empresas y participaciones es ventajosa para los donatarios¹⁵, que son los sujetos pasivos de las transmisiones lucrativas *inter vivos*.

Por último, el impacto fiscal de la donación en el IRPF en el donante es muy favorable en el caso de que verifique las condiciones previstas en el mencionado artículo 4.8 del IP. Es decir, si el donante supera los 65 años (60 en Baleares y Valencia), ha sido quien ha desarrollado las tareas de dirección de la empresa y ha ostentado los porcentajes mínimos de participación previstos en la Ley, y cesa en su actividad. En el supuesto anterior, el incremento patrimonial susceptible de ser gravado en su IRPF quedaría exento¹⁶.

5. Conclusión

Tras lo expuesto, ha quedado patente la importancia de abordar y preparar con anticipación la sucesión. Una de las claves del fracaso de muchas empresas familiares es la mala gestión, cuando no nula, de este proceso. Por ello, los expertos insisten en la necesidad de abordar el proceso con mucha antelación, de modo que la sustitución de unas personas por otras en la propiedad y en el gobierno de la empresa no sea un hecho que paralice el normal funcionamiento de la empresa o que incluso llegue a ser traumático. Así, la recomendación general es que debe ser un acontecimiento que, dada su estratégica trascendencia vital para la empresa y la familia, debe estar protocolizado, en aras de garantizar el control de la propiedad de la familia sobre la empresa y la pervivencia de la empresa como generadora de rentas para la familia.

No vamos a pronunciarnos sobre la duda constante de si la Empresa Familiar es más empresa o más familia porque sea cual sea la respuesta a esta cuestión ninguno de los dos elementos es ajeno al otro. Dicho de otro modo, es necesario hacer compatibles las necesidades familiares y empresariales para garantizar la viabilidad de la Empresa Familiar. Por más que en términos macroeconómicos lo deseable sea la pervivencia de la actividad, aún sin el carácter familiar, la realidad muestra que la divergencia de los objetivos empresariales y familiares suele ocasionar la desaparición de la empresa. Nuestro legislador fiscal parece haber sido consciente de esta realidad y contempla un régimen fiscal muy favorable para las transmisiones lucrativas de negocio, empresa o particiones en entidades del causahabiente y donante, no así para las onerosas.

Las reducciones previstas en la Ley del ISD son un importante beneficio fiscal, muy útil para favorecer el traspaso generacional de las empresas. En particular, el tratamiento dado a las donaciones es un aliciente de peso para acometer de manera planificada la sucesión, de modo que se unen a los beneficios fiscales un traspaso programado, supervisado y querido por el empresario. Se trata de una ventaja no fiscal pero muy relevante frente a la transmisión por sucesión, en la que el relevo generacional se difiere hasta el momento de la muerte del empresario. En este caso, se dificulta la elección del sucesor por su parte, así como el entrenamiento o instrucción del mismo. Esta circunstancia es particularmente intensa cuando nos encontramos ante la transmisión de una actividad profesional o una actividad empresarial desarrollada por un autónomo, pero también se produce en formas societarias en las que la

15 También se exige el mantenimiento de la residencia durante los cinco años anteriores a la donación para establecer la competencia de una Comunidad.

16 Artículo 33.3.b de la Ley 35/2006, del IRPF.

concentración de la propiedad del capital se encuentra en manos del empresario causahabiente. En este último caso, cabe, no obstante, que ya se haya producido el deslinde entre propiedad y dirección de la empresa, en cuyo caso se evitaría el problema anterior.

La extensión de los familiares a los que se puede aplicar esta reducción amplía aún más el elenco de opciones del empresario, que puede optar por dejar su empresa a un pariente más lejano. Es el caso que se plantea cuando, por ejemplo, ninguno de los hijos desea hacerse cargo del negocio y el empresario tiene que buscar su sucesor en otros miembros de la familia. En estos supuestos, la normativa de La Rioja es la más flexible y la que da mayores facilidades para la sucesión. A nuestro entender, una extensión semejante del ámbito subjetivo de la reducción sería deseable para todas las Comunidades Autónomas. Pensemos que si un empresario se encuentra en esta situación, con independencia de dónde radique su actividad, podría optar por cambiar su domicilio de Madrid – que no aplica a la donación el mismo incentivo que para la sucesión – a La Rioja y obtener así ventaja fiscal para sus herederos.

En términos de planificación fiscal, un problema no menor es la condición que establecen buena parte de las Autonomías de limitar la reducción a la transmisión de negocios, empresas y participaciones en entidades radicadas previamente en su territorio y la de exigir que se mantenga en esa misma Comunidad durante cinco o diez años, éste es el caso de Asturias. Es, sin duda, una medida de competencia fiscal, que las Autonomías utilizan tanto para favorecer la implantación de las actividades empresariales en su territorio, como para lograr la deslocalización de empresas de otras Comunidades. Dado que el Impuesto sobre Sociedades no está cedido para las Autonomías de Régimen Común y que la localización de dichas actividades no afecta a los ingresos que la Comunidad percibe por el IRPF del sujeto pasivo, la razón para justificar esta medida no parece ser otra que la de tratar de mejorar la actividad económica propia en detrimento de la del resto de Comunidades. Ni siquiera puede argumentarse que se pretenden evitar cambios de localización por motivos fiscales, porque tal como se configura el impuesto, lo determinante es la residencia del sujeto pasivo, no la radicación de las actividades. Es una limitación importante, máxime cuando se exigen periodos previos de radicación que pueden originar la no aplicación del incentivo a un negocio con poco tiempo de antigüedad, tal sería el caso de Galicia, de manera que habría que esperar para poder realizar la donación o soportar un gravamen importante en caso de una sucesión por herencia.

Debería analizarse el impacto de la obligación de radicación de la actividad en el mantenimiento o no de las actividades que, por incumplir esta condición, no pudieran acogerse a la reducción del ISD. La finalidad del incentivo previsto en la norma estatal se desvirtúa cuando se reduce a favorecer a las empresas que se sitúan en el territorio autonómico específico, y se contradice cuando no se aplica a las que no cumplen esta condición. Se trata de una barrera fiscal más en el espacio económico español contraproducente para el conjunto del Estado y con potenciales consecuencias negativas para las Comunidades que lo contemplan. Así, estas Autonomías deben ser conscientes de que ante la imposibilidad de trasladar la empresa, el empresario puede optar por cambiar su residencia con lo que ya no tributaría en el IRPF de esa Comunidad.

Asimismo, la condición de mantenimiento de la actividad en las donaciones puede tener consecuencias fiscales negativas en una situación económica adversa, como la actual. Su revisión a la baja facilitaría las transmisiones *inter vivos*, al menos en la transmisión de negocios y

pequeñas empresas que representan el sustento de la familia, que es la primera interesada no ya en su mantenimiento sino en el crecimiento de la misma.

Otro tema muy interesante y trascendente es qué ocurre cuando existen fórmulas de participación del cónyuge en la actividad empresarial, bien porque el régimen económico matrimonial es de gananciales o porque la propiedad, incluso la dirección, es compartida en un grado relevante entre los esposos. En el primer supuesto, se procede a la disolución de la sociedad ganancial con carácter previo a la determinación del caudal relicto, por tanto se excluyen los bienes privativos del cónyuge superviviente y se atribuye al mismo la parte correspondiente (50%) de los que eran titularidad de la sociedad ganancial. El resto, es decir, la participación del fallecido es lo que distribuirá entre sus herederos de acuerdo al testamento aplicable y si este no existiera, a partes iguales. Uno de los problemas que plantea la legislación civil española es la obligación de mantener el equilibrio entre los herederos, es decir, que no se puede mejorar por herencia a uno de los herederos, incluso si éste tiene un grado de parentesco más lejano con el empresario. El Derecho Civil ofrece fórmulas para evitar este problema, la figura del legado de cosa que no admite cómoda división o, la fiducia a favor del cónyuge. En cualquiera de estos casos, la reducción impositiva sería aplicable con las particularidades de la normativa autonómica de referencia.

En suma, el objetivo de la reducción fiscal en el ISD, que es favorecer la transmisión, se adapta muy bien a las necesidades de la Empresa Familiar, sin perjuicio de que algunas Comunidades hayan sido conscientes de que el fin último es que la empresa se mantenga, aunque pierda su carácter familiar. En nuestra opinión es un acierto la introducción de los no parientes como beneficiarios de la reducción, si bien con unos requisitos que pueden resultar excesivos en los plazos temporales de vinculación con la entidad. De nuevo, si el empresario tuviera la voluntad de dejar su empresa a una persona de estas características, la fijación de su domicilio en Canarias, Cataluña o Andalucía, le ofrecería facilidades importantes.

Además de la reducción analizada por la transmisión de la empresa, hay que añadir las reducciones propias de cada Grupo, que son más importantes en el Grupo II y, sobre todo, en el Grupo I. Si añadimos que a la tarifa se le aplican unos índices correctores que son más bajos (o igual a 1,00), para los parientes más cercanos, el resultado es que el gravamen del ISD no puede ser considerado como un obstáculo fiscal para la transmisión empresarial. En este punto, las diferencias en la progresividad de la tarifa quedan matizadas por las reducciones objetivas y personales que el tributo presenta. Es lo que ocurre en la Comunidad Foral de Navarra, cuyo tipo impositivo del 0,8 para cónyuges y descendientes consanguíneos y adoptados, hace innecesarias reducciones específicas. Ciertamente esta opción es mucho más simple para el contribuyente, distando mucho de la complejidad de otras regulaciones autonómicas.

A nuestro entender, sería muy recomendable una regulación autonómica menos dispar en cuanto a los elementos ya estudiados, más transparente y que permita al empresario conocer las consecuencias fiscales de la transferencia de su empresa. Ciertamente, no puede decirse de la normativa actual que ésta sea una de sus cualidades, dada la dificultad existente para la comprensión de una regulación autonómica compleja y variable.

Como reflexión final, recordamos que la fiscalidad no debe ser el criterio básico para decidir cómo, cuándo y a quién transferir la empresa, sin embargo, mientras las regulaciones

autonómicas presenten la diversidad actual, hay un margen para planificar la transferencia de la empresa variando el domicilio del empresario o de los sucesores – donatarios –, o de la propia empresa, hacia algunas Autonomías. Estos trámites son más difíciles para las personas físicas que para las jurídicas pero, en cualquier caso, implican la consideración de otros factores previos, no fiscales.

Referencias

Alfonso Galán, R.M. (2007). *Beneficios fiscales en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones con ocasión de la transmisión mortis causa de la Empresa Familiar*. En Estudios en homenaje al profesor Pérez de Ayala, 765-797. Dykinson.

Círculo de Empresarios (2009). *El espíritu emprendedor: Elemento esencial para abordar la crisis económica española*. Disponible online en: <http://www.circulodeempresarios.org/wp-content/uploads/2009/06/espiritu-1.pdf>. Consultado: 30 de junio de 2012.

Domínguez Barrero, F., & López Laborda, J. (2001). Principios de planificación fiscal. *Papeles de Economía Española*, 87, 335-345.

Dyer, W.G. (1986). *Cultural Change in family firms*. San Francisco. Joseey Bass.

ESADE & Family Business Knowledge (2006). *Radiografía de la Empresa Familiar Española: Fortalezas y Riesgos*. Disponible online en: http://www.esade.edu/biblio/documentos/Radiografia_empresa_familiar_espanola.pdf. Consultado: 30 de junio de 2012.

European Commission (2009). *Entrepreneurship in the EU and beyond. A survey in the EU, EFTA countries, Croatia, Turkey, the US, Japan, South Korea and China*. Flash Eurobarometer nº 283. Disponible online en: http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_283_en.pdf. Consultado: 30 de junio de 2012.

European Commission (2009). *Final Report of the Expert Group. Overview of Family-Business-Relevant Issues: Research, Networks, Policy Measures and Existing Studies*. Disponible online en: http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/index_en.htm. Consultado: 30 de junio de 2012.

European Union (2012). *Observatory of European Smes*. Brusells: European Commission. Disponible online en: http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/index_en.htm Consultado: 10 de junio de 2012.

Guinjoan, M., & Llauredó, J.M. (2000). *El empresario familiar y su plan de sucesión*. Madrid: Díaz de Santos.

Instituto de la empresa familiar (2012). *Las cifras del IEF*. Madrid: Instituto de la Empresa Familiar. Disponible online en: http://www.iefamiliar.com/web/es/cifras_ief.html Consultado: 20 de mayo de 2012.

Kenyon D., & Ward J.L. (2005). *Family Business Key Issues*. New York: Palgrave MacMillan.

Linares Gil, M.I. (2004). El conflicto en la aplicación de la norma tributaria en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. *InDret, Documento de Trabajo nº 225, Julio*. Disponible online en: http://www.indret.com/pdf/225_es.pdf. Consultado: 30 de junio de 2012.

Melguizo Garde, M. (2009). Planificación fiscal en la transmisión lucrativa de padres a hijos. *Información Comercial Española*, 850, 125-144.

Observatory of European SMEs (2002). *European SMEs and Social and Environmental Responsibility*. Disponible online en: http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/facts-figures-analysis/sme-observatory/index_en.htm. Consultado: 30 de junio de 2012.

Portillo Navarro, M.J. (2010). Impuestos autonómicos sobre la transmisión lucrativa de la Empresa Familiar y de las explotaciones agrícolas, forestales o rurales. *Quincena Fiscal Aranzadi*, 13, 55-75.

Spence, L. J., & Rutherford, R. (2003). Small Business and Empirical Perspectives in Business Ethics: Editorial. *Journal of Business Ethics*, 47(1), 1-5.
<http://dx.doi.org/10.1023/A:1026205109290>

Stiglitz, J.E. (1985). The General Theory of Tax Avoidance. *National Tax Journal*, 8(3), 325-337.

Vacchiano López, C. (2007). *La sucesión en la Empresa Familiar. La Empresa Familiar y los nuevos retos de gestión*. Madrid: Fundación EOI.

Referenciar este capítulo

Lagos, G. (2013). Planificación fiscal de la sucesión de la Empresa Familiar En V. Fernandez (Ed.), *Nuevas investigaciones sobre la gestión de la Empresa Familiar en España* (pp. 85-112). Barcelona: OmniaScience.